

## 刑法實例演習報告—第五題擬答

報告人:法制四/408620024/王維恆

評論人: 408620043/法制四/蔡侑州、408630001/財法四/羅元佑

### 【題目】

甲牽著其飼養個性兇猛的土狗到公園遛狗，並未繫上牽繩。途中土狗見到在公園玩耍的幼童 A，兇性大發，朝著 A 撲過去。甲見狀急忙上前抱住土狗轉向，不得已撞向旁邊正在運動的老人 B，導致 B 倒地受傷。請問甲的刑事責任如何？

### 【爭點】

甲之行為是否符合緊急避難要件？

行為人自招危難的情形能否主張緊急避難阻卻違法？

### 【擬答】

甲抱住土狗轉向而撞到 B 之行為，不成立刑法第 277 條第 1 項之普通傷害罪。

(一) 甲之行為該當於普通傷害罪之構成要件

客觀上，甲撞向 B 之行為，係對於 B 之身體法益製造法不容許之風險，且此一風險亦在 B 受傷之結果中實現，故該結果可客觀歸責於甲；主觀上，甲係在認識到 B 於附近的情況下，為避免 A 受土狗攻擊而不得已撞向 B，可知甲對於 B 受傷之結果發生有所預見並容認之，具有犯罪之間接故意。依此，甲之行為該當於普通傷害罪之構成要件。

(二) 甲之行為係為避免 A 之生命身體法益受侵害所為，故應討論是否符合緊急避難之要件而得阻卻違法：

#### 1. 避難情狀

若甲放任土狗撲向 A，則 A 之生命、身體法益有立即受侵害之危險，客觀上具有緊急避難之情狀。

#### 2. 避難行為

(1) 甲之行為能有效避免 A 受土狗攻擊，且屬當時唯一可行之手段，具適當性及必要性。

(2) 考量 A 為幼童，若其受發狂之土狗攻擊，則很有可能導致重傷甚至危及性命，故甲之行為所保護之法益應為 A 之生命及身體法益。而甲之行為所侵害者則係 B 之身體法益。依此，由於生命法益在位階上應高於身體法益，故甲之行為應屬為保護顯然優越之利益而為。

#### 3. 避難意思

甲之行為係為避免 A 之生命身體法益受侵害所為，可認甲主觀上具避難意思。

#### 4. 小結

綜上，甲之行為符合緊急避難之要件。

(三) 客觀上，前述緊急危難之發生係因甲過失未繫妥牽繩索導致。而在行為人自招危難的情形，能否主張緊急避難阻卻違法，在學說及實務上有不同見解，以下分述之：

##### 1. 實務見解

最高法院採否定說，認為當危難之發生係由行為人之故意或過失行為所引起時，其為避免自己將完成之犯行，轉而侵害他人之法益，卻因此得阻卻違法，與社會通念不合，且無異於鼓勵行為人不必盡注意義務保護法益<sup>1</sup>。

##### 2. 學說見解

(1)有認為，在故意自招危難情形，不能主張緊急避難；但過失自招危難，在不涉及權力濫用之前提下仍應允許行為人主張緊急避難<sup>2</sup>。

(2)另有認為，自招危難並不當然排除緊急避難之適用，僅影響「衡平性」之審查，法律對行為人的保護程度，將會有相當程度之縮減<sup>3</sup>。

(3)另有認為，不論是故意或過失自招危難均不能阻卻行為之違法性，僅能寬恕罪責。蓋若允許行為人阻卻違法，則因避難行為而受法益侵害之人即有義務容忍被侵害，且其所為之防衛行為亦不得主張正當防衛，如此便不符衡平原則<sup>4</sup>。

##### 3. 本文見解：

本文以為，應採學說第一說之見解為妥，理由在於：

(1)自文義解釋之觀點，刑法第 24 條並未限定避難情狀應排除行為人自行招致者。

(2)在行為人過失自招危難且無權力濫用之情形，基於社會連帶性理論，仍應允許行為人實施避難行為以降低法益侵害，而他人較輕微之法益，在避難行為受衡平性限制的情況下似非不能退讓。

#### 4. 小結

綜上，雖緊急危難係由於甲的行為所導致，但因其對此僅具有過失且不具有權力濫用之情形，故仍應許其主張緊急避難阻卻違法。

#### (四) 結論

綜上，本案甲抱住土狗轉向而撞到 B 之行為具構成要件該當性，但可主張緊急避難而阻卻違法性，從而不成立刑法第 277 條第 1 項之普通傷害罪。

<sup>1</sup> 最高法院 72 年度台上字第 7058 號判決、最高法院 59 年度台上字第 2505 號判決。

<sup>2</sup> 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書，頁 172，2006 年修訂 2 版。

<sup>3</sup> 許恒達，自招危難與阻卻違法-評最高法院九八年度台上字第六七四九號判決，台灣法學雜誌，第 157 期，頁 200 以下，2010 年 8 月。

<sup>4</sup> 王皇玉，刑法總則，新學林，頁 304 至 306，2019 年 5 版。

## 刑法實例演習報告-第五題評論

報告人：408620024/法制四/王維恆

評論人：408620043/法制四/蔡侑州、408630001/財法四/羅元佑

評分成績：80

### 壹、評論內容

- 一、關於犯罪審查體系中客觀構成要件之部分，本件所涉及之罪名為刑法第 277 條第 1 項之傷害既遂罪，係一典型之結果犯，故於審查時應明確描述被害人受傷之結果，題目亦有明確描述甲撞向 B 導致其受傷。擬答中僅說明甲撞向 B 之行為，未描述 B 之受傷結果及甲行為和 B 受傷結果間之因果關係，卻跳躍審查至客觀可歸責性(法所不容許風險、風險實現等)，審查體系似有不明確。
- 二、關於主觀構成要件之部分，依照刑法第 13 條中關於故意之規定，直接故意係「行為人認識到構成犯罪之事實並明知並有意使其發生」，而間接故意係「預見構成犯罪之事實發生且發生並不違背本意」。  
評論者認為兩者之差別，係行為人主觀上就事實發生之認知、意欲於程度有所差別；前者對於犯罪事實之發生係有「清楚認識」並「有明顯之意願」、後者係認知到犯罪事實「可能發生」但「發生了也無所謂」<sup>5</sup>。  
依照題目所述之「甲上前抱住土狗轉向，不得已住向旁邊正在運動的 B」甲對於撞傷 B 之事實應係有明確的認識及意願，而非僅係認為有可能發生、但發生了也無所謂，本件甲應係具備傷害罪之「直接故意」。  
而評論者認為，本件之爭點亦非行為人主觀上係直接/間接故意或間接故意/有認識過失之區分，故於考試作答上審查時可以「甲具備傷害罪之故意即可」，惟若有仔細審查的話，關於故意之類型應精確掌握。
- 三、關於違法性階層中之緊急避難，擬答中就緊急避難之要件及自招危難之爭點有所審查並涵攝，惟評論者認為，自招危難此爭點應置於「衡平性」之階層中審查，資說明如下：
  1. 緊急避難中之衡平性要件，個案中避難行為所保全之「利益」必須顯然優越<sup>6</sup>於所犧牲之「利益」，始足當之。個案中所涉之犧牲及保護之「法益位階」固然是審查之重要指標(即生命>身體>自由>財產)。
  2. 惟衡平性之審查，並非全然以法益位階為唯一標準，其他於具體個案中可資參考之標準，如：法益損害之強度、法益遭受危險之大小、避難成功之機會、危難是否為避難者所引起以及「自招危難」<sup>7</sup>。易言

<sup>5</sup> 林書楷，刑法總則，5 版，2020，頁 44。

<sup>6</sup> 林鈺雄，新刑法總則，4 版，2014，頁 266。

<sup>7</sup> 相關說明，可參考：林書楷，同註 5，頁 152-161；林山田，刑法通論(上)，10 版，2008，頁 345-352。

之，個案中若有行為人惹起危難之情形，於審查衡平性時，應考量行為人對於緊急危難之發生具有歸責性。故應於衡平性之位置處理自招危難之爭點。

3. 綜上，評論者認為應在緊急避難客觀要件之「衡平性」中處理自招危難之爭點，而非如同擬答於審查完主客觀要件後處理。

四、關於阻卻違法之主觀要件(即避難意思)，學說上有認為行為人主觀上對於危難情狀有所認識即可，亦有認為除須對於危難情狀有所認識外，必須出於救助法益之意思，始足當之<sup>8</sup>。

惟無論採取何種見解，行為人皆須對於危難情狀有所認識。擬答中僅說明甲係避免A之生命、身體法益受侵害，未描述對於危難情狀有認識，評論者認為稍不精確。

五、關於擬答中學說見解(1)的部分，參照引註之文獻，可知此見解稱為「形式的二分說」。然該文獻尚有介紹「個別化說」(又稱實質的二分說)，為求完整，評論者於下述簡述之：

1. 所謂個別化說<sup>9</sup>，係指意圖利用緊急狀態而遭致危難者，已逸脫社會相當性，且係緊急避難權之濫用，不得主張緊急避難；而危難雖係故意自招，但因偶然之情事，但因偶然而招來較預測更大之危難者，則仍有成立緊急避難之餘地。
2. 由前述可知，自招危難可分為「意圖型」自招危難及「非意圖型」自招危難。兩者之差別在於，前者係行為人於惹起危難時，具有藉危難情狀及避難行為來侵害他人法益之「目的」，此時基於權力濫用禁止之法理，應排除行為人之避難權限；而非意圖性自招危難中，縱使危難情狀可能係因行為人故意(或是過失)所引起，惟其並未有以此侵害他人之目的，故行為人仍有主張緊急避難而阻卻其行為違法之可能。
3. 就評論者所閱讀之文獻資料<sup>10</sup>而言，在介紹自招為難時多半以意圖型/非意圖型做為區分，為求說明完整，評論者於此補充說明。

六、就自招危難小結之部分，評論者認為應採學說見解之第二說<sup>11</sup>為當：

1. 依照刑法第24條之文義，並未明文排除自招危難之情形，行為得以阻卻違法；惟若在危難情狀係由行為人所引起之情形，縱使係過失所引起且無權利濫用之情事，若許行為人一概得以阻卻違法，則被害人即須承擔法益被侵害之結果而不得主張正當防衛，對於被害人而言係不

<sup>8</sup> 蔡聖偉，「容許構成要件錯誤」案型的實例審查，月旦法學教室，219期，2021年1月，頁59。

<sup>9</sup> 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，2版，2006年，頁172。

<sup>10</sup> 相關介紹，可參考：林鈺雄，新刑法總則，4版，2014，頁272；林書楷，同註5，頁158-161；王皇玉，刑法總則，6版，2020，頁304-306；林山田，刑法通論(上)，10版，2008，頁349-351。

<sup>11</sup> 許恒達，自招危難與阻卻違法-評最高法院九八年度台上字第六七四九號判決，台灣法學雜誌，第157期，2010年8月，頁201-202。

**公平之風險承擔**。故需在具體個案審查衡平性要件時考量危難係行為人過失招致，限縮成立緊急避難之空間、從嚴判斷有無明顯優越利益之保護。

2. 本件甲撞向以係為保護幼童 A 之生命、身體法益，而犧牲 B 之身體法益；惟考量到本件 A 所面臨之危難情狀係因甲過失控制其所飼養之土狗而致，於此若許甲得以阻卻違法對於 B 係過度承擔風險而不公平，故應認本件甲所保護之利益並未顯然優越於所犧牲之利益，故無法通過衡平性之要件，甲不得主張緊急避難而阻卻違法。